

中国における面会交流の強制執行の要件 ——要件事実の存否の認定についての日本法からの示唆——

卞 如意

はじめに

第1章 面会交流の強制執行についての基本的考え方

第1節 面会交流実施の理念

第1項 中国における面会交流の実施原則

第2項 日本における面会交流の運営方針

第2節 面会交流の強制執行の許否に対する態度

第1項 中国における面会交流の強制執行の許否に対する基本的態度

第2項 日本における面会交流の強制執行の許否についての基本的考え方

第3節 本章の小括

第2章 中国における面会交流の強制執行の要件事実の存否についての認定

第1節 要件事実の存否に対する認定の実情とその問題点

第2節 認定方法の欠如

第3節 本章の小括

第3章 日本における間接強制の対象となる面会交流債務の該当性に対する判断

第1節 間接強制の対象となる面会交流債務の該当性判断の要否に関する議論

第1項 該当性判断の要否

第2項 該当性判断の基準

第3項 裁判例から見た間接強制の対象となる面会交流債務の該当性の要否

第4項 本節の小括

第2節 該当性判断に関する間接強制決定手続上の問題

第1項 間接強制決定手続における子の福祉に関する事情の審理・判断の可否

第2項 間接強制決定手続における面会交流債務の該当性に対する判断の可否

第3項 本節の小括

第3節 本章の小括

第4章 中国における面会交流の強制執行の要件事実の存否の認定に関する提言

第1節 認定方法の確立の必要性

第2節 認定上の注意

おわりに

はじめに

中国では、判決または裁定で定められた面会交流が実施されない場合には、強制執行が認められる(婚姻法48条、最高人民法院關於適用《中華人民共和國婚姻法》若干問題的解釋(一)32条⁽¹⁾)。面会交流の強制執行をするにあたって、その要件は、面会交流を行わせる義務の不履行である(婚姻法48条、婚姻法司法解釋一32条)。なお、面会交流させる義務の不履行は、公の文書で定められた法的義務の不履行の一形態であり、要件としても、形式的要件に過ぎないと思われる。それでは、実務上において、面会交流させる義務の不履行という要件事実の存否をどのように実質的に認定・把握するのが問題となる。

特に、判決または裁定後の事情の変更により、面会交流を続けることが子の福祉に反する場合、面会交流債務の履行は客観的な履行不能になることがありうる。子の福祉の観点から、このような場合には、面会交流させないことは、必ずしも不当とはいえない。また、面会交流が実施されないという形式的な外観だけで面会交流義務の不履行と認定するのは、妥当であるとは言えず、この要件事実の存否を実質的に認定する必要がある。

一方、日本では、面会交流は、直接強制には馴染まないとされ、間接強制により実現することができる。⁽³⁾ 間接強制が認められるためには、債務名義上の債務は、債務者の意思のみで履行できる債務であることが必要であるとす⁽⁴⁾る学説と裁判例がある。⁽⁵⁾ この立場では、間接強制の対象となるために、面会⁽⁶⁾

交流債務は、監護親の意思のみによって実現できるものでなければならない。言い換えると、債務名義のなされた後、当該面会交流債務の履行は、監護親の意思のみによって実現できない場合には、たとえ履行されなくても、面会交流させる債務の不履行とならないと考えられる。つまり、面会交流させる義務の不履行ということを認定する際には、面会交流義務の履行可能性の有無ということが重要な考慮事項とされる。さらに、面会交流義務の履行可能性の有無を判断する際に、子の年齢や発達の段階に応じた監護親が面会交流実現のための相当の努力を尽くしたのか否かということは、判断基準として主張されるし、⁽⁷⁾ 裁判所においても実際に斟酌されている。⁽⁸⁾

そこで、本稿では、中国においても、面会交流の強制執行決定をする際に、面会交流させる義務の不履行という要件事実の存否の認定について、日本での上記見解のように、子の年齢や発達の段階に応じた面会交流実現のための相当の履行努力を尽くしたのかということを基準にして判断することができるのか、この見解は理論・実務上にて正当性があるのか否かを主要な考察の対象とする。

第1章 面会交流の強制執行についての基本的考え方

第1節 面会交流実施の理念

第1項 中国における面会交流の実施原則

中国では、面会交流実施原則について、法に明確に規定されておらず、多様な見解が存在している。

まず第1に、「面会交流は、子の心身の健康に奉仕するという原則に則って行うべきである」とする見解がある。⁽⁹⁾ この根拠は、婚姻法38条にある。婚姻法38条によると、面会交流は子の心身の健康を害する場合、これを停止すべきである。この見解は、婚姻法38条の理念に基づき、面会交流の実施は子の心身の健康を反しないことを前提にして認められるとの立場に立っている。

第2に、この見解を踏まえて、「子の心身の健康と子の生活・学習に有利である原則のもとで、面会交流を行うべきである」とする説もある⁽¹⁰⁾。この説はさらに、子の心身の健康を十分に配慮するために、子の生活・学習に有利であることを念頭に置くことを特に強調している。なお、子の生活・学習に有利であるか否かは、子の心身の健康につながる一つの要素に過ぎない。したがって、この説も、右見解と同じように、子の心身の健康に役に立つということを実施原則とする。

第3に、面会交流の実施は、子どもの最善の利益にかなう限り認められるとする説がある⁽¹¹⁾。これは、子の利益を中心にして面会交流を行うことを原則とする立場である。また、面会交流は、子の意思を尊重するという原則に従うと強調する学説がある⁽¹²⁾。なお、同説は、子の意思の尊重を子どもの利益の一要素として捉える立場である。つまり、この説も、子どもの福祉や子どもの最善の利益という子ども中心の面会交流実施原則を謳っているといえよう。

いずれにしても、上記の3つの学説ともに、子どもを中心とする視点から、面会交流の実施という点で理論上高く評価できるように思われる。つまり、中国では、面会交流実施原則は、子の利益・福祉に合致することを指導理念にしているといえるであろう。

第2項 日本における面会交流の運営方針

日本民法766条により、面会交流の取決めをするとき、子の利益を最優先にして考慮しなければならない。同条は、子の利益の最優先性を協議離婚の合意指針と面会交流実施の指導理念として認めている。したがって、面会交流は、子の利益の最優先性の理念のもとで、親の十分な協議と協力を得て実施されることが最も望ましい。

また、最高裁も、面会交流を実施する際に、子の利益を最優先にして考慮した上、監護親と非監護親が柔軟な面会交流条項に基づいて協力することが

要請されるとの立場⁽¹³⁾を採っている。

調停実務においても、子どもの意思や心情を十分に配慮するために、当事者が子の利益のための合意を形成した上で面会交流の内容に関するルールを作成することは強調されている。合意の形成が困難になる場合、再調停などの方法⁽¹⁴⁾を検討すべきであるとされる。

つまり、日本では、面会交流合意形成の段階では、子どもの利益を最優先にして合意を形成することが重要視される。面会交流実施の段階でも、このような合意のもとで、できる限り子どもを含める当事者を主役にして、柔軟に調整・対応していくことが求められている。

第2節 面会交流の強制執行の許否に対する態度

第1項 中国における面会交流の強制執行の許否に対する基本的態度

中国の民事的強制執行に関しては、実体法上、具体かつ明確な規定がないものの、理論上、これを直接強制⁽¹⁵⁾、間接強制⁽¹⁶⁾、代替執行⁽¹⁷⁾に分けている⁽¹⁸⁾。

また、中国の民事法では、民事執行法や家事事件手続法がないである。面会交流の強制執行の直接的な根拠は、婚姻法48条および婚姻法司法解释一32条にある。

婚姻法48条は、判決または裁定に定められた面会交流義務の不履行がある場合、人民法院は強制執行を命じるべきであると規定している。右条文は、強制執行により面会交流を実現できる可能性に法的根拠を与えるとされる。つまり、中国では、面会交流は、その性質上、強制執行により実現することができる⁽¹⁹⁾と解される。

また、婚姻法司法解释一32条によると、面会交流義務の不履行となる場合には、罰金や拘留などの強制手段を講じることができる。他方、同条は、この場合には、子の人身および面会交流の行為に対する強制執行は許されないと定めている。そのため、中国においても、婚姻法司法解释一32条に示されるように、面会交流の強制執行に関しては、直接強制という方法を認めな

い一方、罰金のような間接強制の方法によることができると考えられる。

学説上にも、民事執行の対象は財産的行為に限り、人身に対して強制執行をすることができないこと⁽²⁰⁾、子の人格を害するおそれがあること⁽²¹⁾、親の闘争を激化しやすくため、面会交流の実施を妨げるばかりでなく、子の福祉を害する可能性もあること⁽²²⁾などの理由から、直接強制による実現を否定する学説が通説ないし有力説とされている。また、「面会交流は、親子関係を持つ特定の主体の間の行為であり、第三者にこれを代行させることができないとして、その代替執行を認めない」⁽²³⁾とする見解が有力である。

これに対して、面会交流の間接強制は、中国では、法に規定されないものの、⁽²⁴⁾以下のような肯定説が通説である。

まず、婚姻法司法解释一32条の観点から、面会交流の実施を拒否する親に対し、罰金を課すことができるとする見解がある⁽²⁵⁾。さらに、中華人民共和国民事訴訟法（以下、「民事訴訟法」）111条1款6項⁽²⁶⁾、中華人民共和国刑法（以下、「刑法」）313条に基づき、面会交流に関する判決または裁定に定められた義務の履行を拒む者に対して、罰金を課すことができるとの学説もある⁽²⁷⁾。

また、「面会交流の強制執行は、子供の人身に関連する執行であるため、これを実現することが難しいと考えられる。このような人身に対する執行を財産に対する執行に転化すると、その執行の方式や効果は明らかになると想定できる。したがって、面会交流させる義務の不履行の場合、面会交流に協力しない親に金銭の支払を命じることによって、人身に関連する行為に対する執行を簡単になるべきである」⁽²⁸⁾との立場がある⁽²⁹⁾。

これを踏まえて、探望権執行強制金を課すことで、面会交流の執行を拒む同居親に戒告し間接的な履行を促すという強制執行の方法を新設すべきである⁽³⁰⁾との提案がある。

そのほか、同居親の面会交流に対する拒否・抵抗により別居親が面会交流の強制執行を申し立てる場合、同居親に執行費用を負担させるとする見解がある⁽³¹⁾。

「離婚裁判を起こしたとき、人民法院は、同居親に一定数の履行保障金を納めさせ、これを人民法院の指定口座に預け入れる。もし同居親は面会交流の実施に協力しなければ、場合によって履行保障金の全部又は一部を差し押さえることができる。また、同居親は面会交流を妨げることがない場合、子が成人したら、その履行保障金を同居親に返済する」という提案⁽³²⁾もある。

また、面会交流の実施を妨げる同居親に遅延損害金を課すことにより面会させる義務の履行を促すとする見解⁽³³⁾も存在する。この根拠は、民事訴訟法⁽³⁴⁾253条および最高人民法院關於適用《中華人民共和國民事訴訟法》若干問題的解釋（以下、「民訴解釈」）507条⁽³⁵⁾にある。この二つの条文に基づいて、同居親は、面会交流させる義務を命じる判決あるいは裁定またはその他の法律文書に指定された期間内には、非金銭的給付義務としての面会交流させる義務を履行しない場合、遅延損害金を支払うべきである⁽³⁶⁾と考えられる。

以上のようにして、婚姻法司法解釈一32条に規定された罰金という手段であろうが、これらの学説に言及された各手段であろうが、いずれも面会交流させる義務を履行しない同居親に対し、一定の金銭の支払を課すことにより心理的に圧迫し、義務の履行を強制するものである。その実質は、間接強制だと評価できるように思われる。

以上のように見てくると、現在、中国では、面会交流の強制執行について、実体法の規定ならびに学説上の議論からみれば、その直接強制と代替執行がほぼ否定される一方、間接強制またはこれに近い手段の適用を認めていると考えられる。

第2項 日本における面会交流の強制執行の許否についての基本的考え方
面会交流を定める調停または審判は執行力を持っており、債務名義と同一の効力を有する（家事事件手続法75条、268条）。そこで、監護親が調停または審判で定められた面会交流債務を履行しない場合には、非監護親が面会交流の強制執行を申立てることができるか否かが問題となる。

これについて、現行法上では、民事執行法22条3号と同条7号によると、面会交流債務を命じる調停又は審判は、強制執行のための債務名義となれば、強制執行をすることができる。なお、学説においては、見解が対立している。面会交流の強制執行を全面的に否定する説は、面会交流は、「責任なき」⁽³⁷⁾「自然債務」であり、その任意性からすると、親の間の信頼関係および子の自由意思を基にして、監護親によりこれを自発的に履行すべきであると説く⁽³⁸⁾。この説は、監護親が面会交流債務を履行しない場合、法の威圧のような物理的強制機能を使って、強制執行によりこれを実現することは、到底子の利益に合致しないと⁽³⁹⁾する。しかしながら、子の福祉の観点から、面会交流は、子の成長発達に有益なものと考えられる以上、調停や審判で定められた面会交流が実現できないことは適切ではない⁽⁴⁰⁾。また、債務名義となる面会交流を定める審判または調停は、通常、子の福祉にかなうか否かについて、厳密かつ慎重な司法判断を経て成立したものである。そのため、その執行を全面的に否定することは、司法に対する信頼を揺らぐことになる⁽⁴¹⁾。これについて、債務名義作成段階において面会交流の実施は子の福祉に合致するという判断結果が得られたからには、このような判断をした確定判決または調停調書で定められた給付義務を履行しない場合には、強制執行というような法の拘束力に基づく履行確保の手段を一つの選択肢として存在させる必要がある⁽⁴²⁾との有力な見解がある。また、日本では、現在、強制執行という履行確保の方法について、その存在の必要性を認める説は多数説である⁽⁴³⁾。

なお、面会交流の強制執行の方法については、現行法に明確にされていない。

現状で、直接強制による面会交流の実現は認められていない。直接強制は、その継続性・反復性⁽⁴⁴⁾からして、子の福祉を害する過酷執行になる可能性が非常に高い⁽⁴⁵⁾である。また、監護親は子に対して全面かつ排他的支配関係を持っていないことからして、動産の引渡しに準じて、子どもに相手方と面会交流をさせることは、子を物として扱うようになり、子の人格尊重の観点か

ら適切ではないと解される。⁽⁴⁶⁾

また、面会交流債務の不代替性、長期間に監護親のもとで成長する子の時の感覚などの要素を考慮し、監護親以外の者により面会交流債務の給付を代行することは極めて困難であること、⁽⁴⁷⁾子に与える心理的負担も多いことなど⁽⁴⁸⁾の理由から、代替執行を否定する見解も多い。

現在、直接強制または代替執行により面会交流を実現することを認める説⁽⁴⁹⁾がないわけではないが、これを否定する説が多数説とされている。

そして、面会交流の間接強制（民事執行法172条）の可否について、否定説は、間接強制は、監護親に子に対する愛情と強制金の支払いの二者択一の選択を迫らせて、金銭上の利益により面会交流の実施を確保することになりがちであり、到底子の利益にとって好ましくないとする。これに対して、面会交流の履行確保のために、監護親に対し、一定数の金銭を支払うというような心理的強制を加えることは、子の福祉に一般的に反するとまでは言えないと指摘されている。⁽⁵⁰⁾さらに、間接強制により面会交流を確保することは、⁽⁵¹⁾調停又は審判など司法手続きに定められた面会交流の給付義務を法的拘束力より実現させ、司法に対する一般的信頼を維持するメリットがある。⁽⁵²⁾そうでないと、当事者の実行使を助長したり放任することになりかねないとの批判⁽⁵³⁾もある。さらに、最近、前述した否定説の論者も、子の利益にかなう特別な事情があるとき、例外的に間接強制を認めるとする立場に転換した。⁽⁵⁴⁾現在、学説上において、面会交流の間接強制を肯定する説が通説だとされる。⁽⁵⁵⁾また、裁判例において、面会交流の性質から、その間接強制を否定する事例は極めて少ない。さらに、最高裁は、面会交流は、その「性質上、間接強制をすることができないものではない」として、間接強制による面会交流の実現を肯定する立場にあることが明らかである。⁽⁵⁶⁾つまり、日本では、学説と判例実務上において、間接強制により面会交流の実現を図ることができると言える。⁽⁵⁷⁾

第3節 本章の小括

第1節と第2節を検討した結果、面会交流の実施原則について、中国と日本とも、最近では、子の福祉や子の最善の利益を指導理念として、子どもの利益を中心として行うことは明らかである。この上で、日本では、子どもを含む当事者を主役にし、子の利益に沿ってできる限り面会交流の内容を柔軟に調整することが強く要請されている。

また、中国では、民事的強制執行に関する規定がないものの、理論上では、これを直接強制、間接強制、代替執行の三種に分けている。この点も、日本と同じである。また、日中両国とも、面会交流の直接強制と代替執行を基本的に否定するものの、一定の場合に金銭の支払いを命じる間接強制という方法によることができるとされる。

以下、子どもの利益を中心として面会交流を行うという両国における共通の実施方針を念頭に置いて、中国の面会交流の強制執行の要件事実の存否に対する認定について、日本の理論・実務からどのような示唆が得られるのかを検討したいと思う。

第2章 中国における面会交流の強制執行の要件事実の存否についての認定

第1節 要件事実の存否に対する認定の実情とその問題点

面会交流義務の不履行に対する認定が困難とされる状況は以下のように挙げられている。本節は、これらの状況における面会交流義務の不履行という要件事実の存否に対する認定の実情をそれぞれ確認して、認定の傾向と問題点を分析する。

1、同居親による実力の面会交流妨害

同居親は、実力行為や抵抗をして面会交流を妨害することはよく見られる。主に、「別居親を避けるために、子の名前を変更すること、子を匿うこ

と、転居すること、子に転校させること、子に面会交流を拒絶することと教唆・脅迫すること」⁽⁵⁸⁾などを含む。

これについて、同居親は、一旦別居親と子との面会交流を妨げると、面会交流させる債務の不履行になるとの見解がある。⁽⁵⁹⁾この見解は、妨害行為の有無により面会交流させる義務の不履行の有無を判断する。また、これによると、不履行の形式的外觀さえあれば、面会交流させる義務の不履行とされる傾向がある。中国では、このような面会交流させる義務の不履行の有無を実質的に判断しない裁判例は圧倒的多数を占める。以下、本稿は、その要件事実の存否を判断した僅かな2例を検討する。一例は、裁判所は何度も同居親に子と別居親に面会交流をさせるようにと勧告した場合、同居親はこれを応じないとして、面会交流させる義務の不履行と認定するものである。⁽⁶⁰⁾次の例において、同居親は面会交流の内容を記した書類を提出したという事実に基づき、面会交流させる義務を履行したとされる。⁽⁶¹⁾この2例でも、面会交流させる義務を履行するまたはこれを履行しない形式的外觀さえあれば、面会交流させる義務の履行あるいは不履行と判断する。つまり、この2例でも、要件事実の存否を判断したとはいうものの、形式的判断にとどまると考えられる。

2、子どもによる面会交流の拒否

子どもが面会交流に対して拒絶の意思を示した場合、面会交流させる義務の不履行の有無を正面から実質的に認定したものは見当たらない。なお、以下の見解から、これに対する認定の傾向が見られる。

（1）「子が明確に面会交流を拒絶すると、面会交流の強制執行をすることはできない」。⁽⁶²⁾（2）「年齢が相対的に高い子は、ある程度の判断能力がある。面会交流を拒絶することはその本心であれば、面会交流の強制執行をすることができない。一方、子は同居親からの教唆・脅迫により面会交流を拒む場合には、子を説得し面会交流をしなければならない」。⁽⁶³⁾（3）「子が七歳

未満の場合には、その拒絶の意思を問わず、関連する法律文書に基づいて面会交流をしなければならない。子が七歳以上の場合には、他者の教唆・脅迫により面会交流を拒むことになれば、面会交流を強制することができる。一方、子は自分の真意に基づき面会交流を拒絶すれば、強制執行をすることはできない⁽⁶⁴⁾」。(4)「判断能力を有する大きい年齢の子は、面会交流を強制する意思を表明できれば、強制執行をしてはいけない⁽⁶⁵⁾」。

上記(1)の見解により、子どもが面会交流を拒否したり協力しないと、強制執行を発することができなくなる。ここでは、面会交流させる義務の不履行の有無という要件事実の存否は全く判断されていない。また、上記(2)(3)(4)を合わせてみると、面会交流させる義務の不履行の有無は判断されないが、子の意思、子の年齢、成熟度、判断能力などの要因を強制執行の許否の考慮要素とする傾向が見られる。

3、同居親以外の第三者や機関の面会交流妨害

同居親以外の第三者や機関の面会交流妨害は、主に、以下の三種に分けられる。

(1) 祖父母による面会交流妨害

中国では、孫は祖父母に育てられることが多い。そのため、父母の離婚に関わらず、子は祖父母のもとで成長することもよく見られる⁽⁶⁶⁾。別居親は子と面会交流をしようとするとき、祖父母が子を隠したり、子を一時に他の場合に行かせることなどで面会交流を妨害することがある⁽⁶⁷⁾。

(2) そのほかの親族による面会交流妨害

同居親あるいは祖父母は面会交流の実施を妨げるとき、そのほかの親族はいわゆる「家族の利益の一致」のために⁽⁶⁸⁾、面会交流の妨害を助長したり応援することもある⁽⁶⁹⁾。

(3) 関係機関による面会交流妨害

子は閉鎖型学校に就学する場合あるいは病院へ入院する場合、学校あるい

は病院は、他者（多くの場合は同居親）の指示により面会交流をさせないこと⁽⁷⁰⁾ともある。

（１）と（２）の場合に関して、面会交流させる義務の不履行の認定について以下の見解がある。（ア）同居親のみは面会交流させる義務を負うため、その他の面会交流を妨げる者に対して面会交流の強制執行を命じることはできない。⁽⁷¹⁾（イ）「子は通院中あるいは閉鎖型学校に就学するなど一時に特定の機関にいる場合には、そのような機関は通知を受けてはじめて、面会交流のさせる協力義務を負うことになる」。⁽⁷²⁾（ウ）同居親以外の者が面会交流実施を妨げることは、民事法上の不法行為を構成するにすぎない。第三者の妨害のある場合には、面会交流の強制執行はできない。⁽⁷³⁾（エ）同居親以外の者は面会交流の実施を妨害する場合には、同居親が面会交流させる義務を履行しないと認定することは、相当ではない。⁽⁷⁴⁾（オ）同居親以外の者は面会交流の実施を妨害する場合には、もし同居親はその妨害の発生を知らなければ、同居親に面会交流の強制執行を命じることはできない。⁽⁷⁵⁾（カ）同居親以外の者は面会交流の実施を妨害する場合には、同居親はこれに対して過失がなければ、同居親に面会交流の強制執行を命じることができない。⁽⁷⁶⁾

上記（ア）の見解は、同居親以外の者および機関は、面会交流させる義務の不履行にならないと明言する。上記（イ）の見解は、同居親以外の機関は、通知を受けないと、面会交流させる義務の不履行にならないとする。上記（ウ）の見解も、同居親以外の者の妨害行為は、不法行為とされ、その者への強制執行を認めない。これも、同居親以外の者の妨害事実を面会交流させる義務の不履行としない立場である。いずれにしても、これらの見解は、同居親以外の者または機関は、面会交流させる義務を負わない又は条件付きの形でその義務を負うとする。これは、婚姻法48条と婚姻法司法解释一32条に対する解釈としては不適切である。確かに、婚姻法38条は、同居親の面会交流の協力義務のみを規定している。しかしながら、婚姻法48条と婚姻法司法解释一32条は、「関係する個人または機関は、面会交流の強制執行に協力

すべき」こと、と「探望権の行使に協力しない個人または機関に対して、拘留や罰金などの強制措置を科することができる」ことを定めている。この規定の趣旨からみれば、同居親以外の関係者または機関は、強制執行の段階では、別居親と子との面会交流の円滑な実施に対する協力義務を負うべきであると考えられる。つまり、このとき、同居親以外の関係する個人または機関は、面会交流の実施に協力しなければ、面会交流させる義務の不履行になると言わなければならない。

また、上記(エ)の見解は、同居親以外の者は面会交流を妨害する場合には、同居親は面会交流させる義務の不履行とならないとする。上記(オ)と(カ)の見解は、同居親は他者の面会交流の妨害事実を知らない場合、またはこれに対して過失がない場合にも、面会交流させる義務の不履行とならないとする。つまり、これらの見解によると、他者の面会交流の妨害事実があれば、同居親の面会交流させる義務の不履行にならない。しかしながら、少なくとも、同居親の支配の下で第三者が面会交流の実施に協力しない場合、同居親は面会交流に対する妨害行為や非協力的態度を続けるべきではないである。このような同居親が影響力を行使できる状況にある限りは、同居親の妨害行為の黙認や放置になると考えられる。この場合には、同居親の面会交流させる義務を履行したとは到底言えないのではなかろうか。

4、同居親あるいはその他の親族または関係する機関による消極的な面会交流妨害

このような消極的な面会交流の妨害行為とは、面会交流の協力義務を負う者が、その義務を履行する能力を持っているが、これを履行しないまたは十分に履行しないことを指す。学説上では、これは、「間接的な不協力」⁽⁷⁷⁾あるいは「面会交流義務の不作為」⁽⁷⁸⁾と呼ばれる。この問題に関して、以下の状況がよく見られている。

(1)「子に別居親と面会交流させるものの、毎回の面会交流の時間は30分

以内に⁽⁷⁹⁾限る」。

（２）「別居親は同居親の家に訪ねて子と面会交流をしようとするとき、同居親は別居親を部屋に入らせず、防犯ドアを隔てて子といわゆる間接的に⁽⁸⁰⁾「面会交流」をすることのみ認める」。

（３）「同居親は別居親を子に近づかせず、遠くで子を見ることのみを許⁽⁸¹⁾す」。

これらの状況に関して、「面会交流の形式はあるが、面会交流の実質はない」という評価がある。また、上記の状況について、親子の絆を確かめ、継続的な交流や接触を通じて子を精神的に支え、子の成長発達に資するなどの⁽⁸²⁾（下線筆者）「面会交流の目的を確実に達するものとはいえない」との指摘も⁽⁸³⁾ある。この二つの見解によると、上記の場合には、同居親の消極的な妨害行為により面会交流の本来の意義やその目的を達成できず、面会交流義務は少なくとも十分に履行されているとは考えられない。

以上の四種類の状況を検討した結果、中国では、面会交流義務の不履行という要件事実の存否に対する認定について、以下の傾向と問題点が見られる。

まず、面会交流義務の不履行の形式的外観があるときには、面会交流義務の不履行を認める傾向がある。つまり、この要件事実の存否が不履行の事情の如何を問わず実質的に判断されていない実情がある。このように、別居親の権利の濫用あるいは子の福祉に反する事情がある場合には、同居親の面会交流をさせない行為は、正当化される可能性がある。さらに、このような場合には、面会交流義務の不履行の有無を実質的に判断せずに要件を満たして強制執行を発令することになり、子の福祉に反する可能性も高いである。

また、子どもが協力してくれない場合には、仮に同居親は子を働きかけなくとも、面会交流義務の不履行にならないとする傾向もある。他者が面会交流を妨害する場合には、仮に同居親がこの妨害を止めないときでも、面会交

流義務の不履行にならないとすることもある。以上の傾向から、仮に同居親が面会交流義務の履行に対して十分な努力を払わない場合にも、面会交流義務の不履行にならないとされる。このように、同居親の面会交流義務の履行懈怠を助長する可能性はないとはいえない。

面会交流義務の不履行という要件事実の存否は実質的に認定されていないが、強制執行そのものの許否を判断する際に、子の年齢、成熟度、発達段階、監護親の履行努力を考慮の要素とする場合もある。しかしながら、これらのものは、あくまでも一定の要素として考慮されることにとどまり、必ずしも決定的な要素とされるわけではない。もちろん、このような要素だけでは、面会交流義務の不履行の有無という要件事実の存否を認定できるわけではない。

そこで、次の節においては、面会交流義務の不履行という要件事実に対する認定方法に関する見解を検討する。

第2節 認定方法の欠如

中国では、面会交流させる義務の不履行の有無に対する認定の方法は、以下の通りである。

1、同居親が面会交流をさせない主観的故意を持って面会交流させない行為をする場合には、面会交流させる義務の不履行と認定されることが少なくない。当該行為が客観的に面会交流の実施を阻害する結果を導く場合には、⁽⁸⁴⁾面会交流させる義務の不履行になる。

2、「同居親は面会交流させる義務を果たしたのかを判断する要領は、面会交流を妨げる過失を有するか否かという点にある。もし同居親は面会交流を妨害する具体的な行為がなければ、面会交流させる義務を果たしたと認める」⁽⁸⁵⁾との見解がある。

上記1、の説によると、同居親は、面会交流の実施に協力しない主観的故意を持って、面会交流を阻害する結果をもたらすことは、面会交流義務の不

履行と認定できる。つまり、この説は、主観的な面会交流を妨げる故意と客観的な面会交流妨害の結果の有無を基準にして、面会交流義務の不履行という要件事実の存否を判断する。この考え方は一応、一つの判断基準であると評価することができる。しかし、そもそも、このような主観的故意を判断することは、極めて複雑かつ抽象的なものであるため、基準として客観的かつ容易に把握できるものとはいえない。また、一步退いて考えると、同居親は主観的な故意を持っていないものの、過失に基づき面会交流を阻害する場合には、この基準を適用すれば、面会交流させる義務の不履行は認められないことになる。しかし、この場合には、同居親の過失がある事実からすれば、やはり面会交流させる義務を十分に尽くしているとは認められない。そのため、このような認定方法は広く妥当性があるとはいえない。

上記 2、の説は、面会交流させる義務の不履行の有無の認定について、面会交流を妨げる過失の有無と面会交流を妨害する具体的な行為の有無といった二つの基準の相関関係で判断をする。しかし、この二つの基準は、お互いに相反するものを含み、並列あるいは内包関係を有しない。それでは、一体、面会交流を妨げる過失の有無ということを面会交流の非協力の判断基準とするのかあるいは面会交流を妨げる行為の有無ということを判断基準とするのかについて、まだ明確ではないと思われる。そのため、3、の方法はそれ自身、論理上の不整合があると考えられる。もちろん、これは認定方法として成立できない。

以上のようにして、中国では、現在、面会交流させる義務の不履行の有無という強制執行の要件事実の存否について、明確かつ有効な認定方法が存在しないと評価できるように思われる。

第 3 節 本章の小括

中国では、面会交流義務の不履行の有無という強制執行の要件事実の存否の認定に関して、明確かつ有効な認定方法あるいは判断基準は存在していな

いである。なお、理論・実務上では、これを実質的に認定・判断したこともない実情にある。そのため、仮に同居親は面会交流を実施するために十分な履行努力を払わなくても、要件事実としての面会交流させる義務の不履行がないとして、強制執行により面会交流を確保することができない。また、別居親の権利濫用のある場合または子の拒絶により面会交流をすることは子の福祉に著しく反する場合には、同居親の面会交流に協力できない行為は、面会交流させる義務の不履行として強制執行を発することになる。このように、要件事実の認定上の誤りのため、強制執行の範囲を過分に制限または拡張することになるばかりでなく、子の福祉を害する可能性もないとはいえない。

第3章 日本における間接強制の対象となる面会交流 債務の該当性に対する判断

第1節 間接強制の対象となる面会交流債務の該当性判断の要否に関する 議論

債務者の意思によって実現する可能性がない債務に対して、債務者に債務不履行の責任を負わせることは必ずしも妥当ではない。⁽⁸⁶⁾そのため、間接強制の対象となる債務は、債務者の意思のみによって実現可能な債務であることが求められる。⁽⁸⁷⁾この点に関して、「間接強制を発するために、債務者の意思のみによって実現できる債務であることが必要である」とする裁判例⁽⁸⁸⁾もある。

しかしながら、子が保育施設にいるなどの面会交流の実施が現実的に困難となる場合がある。また、調停または審判の後、子どもは面会交流に対し強固な拒絶意思を示すこともある。

このような場合には、面会交流債務は、債務者の意思のみによって実現できない債務になる可能性がある。⁽⁸⁹⁾この時、面会交流債務は債務者の意思のみによって実現できる債務であるのか、また、面会交流債務は債務者の意思に

よって実現できるか否かということをとどのように認定するのかは重要な問題である。

本節では、実務と判例の動向を考査した上、以上の問題を明らかにしようとする。

第1項 該当性判断の要否

面会交流債務は債務者の意思のみによって実現できるものであるかという点について、判断をせずに明確な結論を出す立場が以下のように存在する。

「面会交流債務を命じる調停調書または確定判決が作成されたからには、債務名義作成段階において、子の拒絶意思を考慮に入れ、面会交流を強制することは子の福祉に反することにならないと判断された。仮に子どもが面会交流に対し拒絶意思を示しても、債務者である監護親が子どもを働きかけて、このような拒絶意思を覆させることが可能であり、子の心理的動揺や債務者に対する忠誠葛藤を取り除かせることも期待できる。⁽⁹⁰⁾つまり、面会交流を命じる債務名義の作成した時点から、債務者である監護親は面会交流を確保すべき義務を負うことになっている。子の拒絶・子の不協力を含む一切の阻害要因の有無にかかわらず、その面会交流債務は監護親の意思のみによって実現できるものであると考えられてきた。⁽⁹¹⁾もし面会交流を実施しなければ、監護親は面会交流の確保義務を十分に尽さないあるいは面会交流債務の不履行と認められる⁽⁹²⁾」とする立場がある。しかしながら、面会交流を命じる債務名義が出された後、事情の変更など子の福祉に反するような事情が生じた場合には、面会交流の実施は現実的に困難だと言わざるを得ない。この場合には、間接強制により面会交流を実施しても、子の福祉に資することが期待できない。なお、この説によると、このような重大な事情の変更は、間接強制決定の手続を妨げるものではないと判断されるため、監護親の債務不履行として間接強制を発せられる可能性がある。この時、面会交流義務は、必ずしも子の福祉に反するおそれがないともいえない。

また、第三者の協力が必要となる債務は、債務者の意思のみによって実現できない債務であると述べる説もある。⁽⁹⁴⁾なお、面会交流の実施にとっては、子ども自身の協力が不可欠とされる。第三者の協力や承認が必要な債務だけで面会交流債務を債務者の意思のみによって実現不可能な債務と認定すれば、ほぼすべての面会交流債務は債務者の意思のみによって実現できない債務となる。

要するに、前説は、面会交流の債務名義のなされた時点から、面会交流債務は債務者の意思のみによって実現できる債務となっているとする。他方、後説によると、子の協力が必要とされる面会交流債務は、債務者の意思のみによって実現できないものとされる。すなわち、この2種の学説とも、面会交流債務は債務者の意思のみによって実現できる債務であるか否かについて、確定かつ絶対な結論を出してしまう（前者の場合は肯定、後者の場合は否定）。こうなると、面会交流債務の不履行の際に、間接強制の適用の範囲を過度に制限するあるいは拡張することになり、子の福祉にとって望ましくないとされる。そのため、面会交流債務は監護親の意思のみで実現できるかという間接強制の対象となる債務の該当性に対する判断をする必要がある。

そこで、債務名義のなされた後、面会交流債務は債務者の意思のみで実現できるかということをどのように判断するのかは問題となる。これについて、次項で検討する。

第2項 該当性判断の基準

面会交流債務の履行に第三者の協力が必要となる場合、その債務は債務者の意思のみによって実現できるのかを判断する際に、債務者の履行努力が求められるという有力な見解がある。⁽⁹⁵⁾

この見解によると、面会交流債務の場合、子どもの協力を容易に得る見込みがないとき、監護親は面会交流債務を履行するための相当の履行努力を傾けなければならないと考えられる。確かに、事案によって面会交流を実現す

るための監護親のすべき努力は異なっている。さらに、監護親に対して如何に努力を強いても、面会交流の実現にとって奏功しないこともありうる。したがって、この説は、監護親の面会交流実施のための努力可能の上限を認め、監護親のすべき努力を可能な範囲内に明確に限定し、客観的に相当な合理性があると考えられる。

それでは、監護親は面会交流を確保するために相当の履行努力を尽くしたかということをいかに判断すべきであるかということは問題である。この点について、子の年齢・発達の段階を基準にし、監護親のすべき履行努力を区別⁽⁹⁶⁾するとする有力な見解がある。この説はさらに、年齢層によって子の発達段階を三つの段階に分けて、各段階に対応する監護親のすべき履行努力の程度を区別⁽⁹⁷⁾する。確かに、一般的には、成長発達につれて、子の意思表示の能力が向上する同時に、面会交流を拒絶する意思を示す可能性も多くなる。そのため、監護親は子に対して説得できる範囲と説得の可能性が少なくなると想定できる。したがって、右説は、子の成長発達に伴い、監護親の履行努力が減少していくと一面的に解釈されるべきではない。むしろ、この説は、子の人格尊重の観点から、監護親の説得の行為に子の発達段階に応じた必要の制限を加えるというような相当の理由があると評価できるように思われる。

しかし、監護親は十分な努力を払うかということを判明するために、これについての事実の調査は避けられない。このような事実判明は、確認時間にかかるため、手続の遅延になりやすく、子の手続的利益の観点から疑問が残⁽⁹⁸⁾るとも指摘されている。言い換えると、監護親が面会交流を履行するための努力をしたか否かという判断基準の正当性が問われている。しかし、そもそも、間接強制の対象となる面会交流は、一種の具体的な「給付」である。面会交流債務の場合、このような「給付」は、少なくとも「子の引渡し、特定時間の面会交流妨害禁止という作為、不作為」といった内容を含む。⁽⁹⁹⁾すなわち、面会交流という「給付」の性質からすれば、監護親に「子の引渡し、特定時間の面会交流妨害禁止という作為、不作為」という最低限の給付義務を

負わせることは当然なことだとされる。つまり、面会交流の給付の内容からみれば、面会交流債務の不履行の有無に対する判断は本来、監護親が最低限の履行努力を払うかという事実に対する判断を含むと考えられる。

いずれにせよ、少なくとも、債務名義作成段階において、面会交流債務は監護親の意思のみで実現できるかということをより丁寧に判断しなければならないと思われる。

また、間接強制金は債務履行を確保するための相当額であるとされる⁽¹⁰⁰⁾。これを決める際に、債務履行の難易度や債務者の不履行の態度などの要素によりその加減を調整すべきであるとされる⁽¹⁰¹⁾。その意味では、少なくとも、間接強制決定をする際に、監護親の履行努力は、間接強制金を決める一要素とされるべきであろう。

第3項 裁判例から見た間接強制の対象となる面会交流債務の該当性の要否

面会交流債務は間接強制の対象になれるかということについて、裁判例は、以下のような立場に分けている。

1、最高裁は、債務名義作成した時点と異なる状況が生じても、このような状況の発生は間接強制決定を妨げる理由となるものではないと判示している⁽¹⁰²⁾。最高裁の判示は、事情の変更は、監護親の意思のみで面会交流債務を履行できることを妨げるものではないと解される。また、子の拒否に関する主張は、執行抗告の理由にならないことまたは主張自体失当として認められない⁽¹⁰³⁾ことがある。以上、これらの裁判例とも、子の拒絶などの事情の変更により監護親の意思のみによって面会交流を実現できるか否かということを間接強制決定手続きの中に考慮できない立場にある。

2、これに対し、間接強制命令を発するためには、その面会交流債務は債務者の意思のみによって実現できるものであることが必要であるとする裁判例⁽¹⁰⁴⁾がある。また、監護親の主張する「事情から直ちに本件決定に表示された

債務が抗告人の意思で履行することができない債務であるとか、その履行の強制が許されないとまでは認められ⁽¹⁰⁶⁾ないとする裁判例がある。その反面、面会交流債務は、監護親の意思のみで履行することができない債務となると、間接強制をしてはいけないと解される。これらの裁判例とも、債務者の意思のみで面会交流を実現する可能性の有無を間接強制決定手続きの中に考慮できる立場に立っている。

さらに、債務者の意思のみによって債務を履行することができるか否かに対する判断について、「幼児のような場合であれば、子を面会交流場所に連れて行き非監護親に引き渡すことは監護親の意思のみでできるが、」15歳頃「の場合は子の協力が不可欠である上」、子「は相手方との面会交流を拒否する意思を強固に形成しているところ」、「その精神的成熟度を考慮すれば」、面会交流債務は債務者の意思のみによって履行することはできず、履行不能として非監護親の間接強制の申立てを却下した裁判例がある。この裁判例⁽¹⁰⁷⁾は、子の精神的成熟度に応じて、子の発達段階を幼児と15歳頃の子というような二つの発達段階に分けながら、監護親のすべき履行努力を区別した。つまり、この裁判例は、子の発達段階により監護親のすべき面会交流を実施するための履行努力を区別して、相当の履行努力を尽くしたか否かを基準にして、債務者の意思のみで面会交流債務を実現する可能性を判断するという判断枠組みをとる。

以上のような判断枠組みを厳格に採る裁判例がある。子「はすでに一〇歳であり、面会を拒む意思を強固に形成している場合」、監護親「が面会に応じることを働きかけても限界があるといわざるを得ない。」監護親に対し、子「と相手方の面会を実現させるためにさらなる努力を強いることは相当とはいえないし、かかる努力を強いても、それが奏功する見込みがあるとはいえない⁽¹⁰⁸⁾というべきである」とされる。7歳の子「に対し適切な指導、助言をすることによって面会交流義務を履行することが可能である」として、監護親の債務不履行を認め、間接強制を発する裁判例がある⁽¹⁰⁹⁾。

また、このような判断方法を厳格に採らなくても、子の年齢や発達段階というものを間接強制決定段階の一つの要素として強調している裁判例も少なくない。2歳になったばかり子の拒絶意思は、面会交流を拒否し得る正当の事由ではないこととして、監護親の間接強制の執行抗告を棄却した裁判例⁽¹¹⁰⁾がある。子が4歳になったばかりという事実から、子の引渡し⁽¹¹¹⁾の必要性があるとして、間接強制を命じる裁判例もある。

以上のように、判例実務上では、間接強制決定手続において、監護親の意思のみによって面会交流債務を実現できる可能性を考慮しない立場がある(上記1、)。これに対し、監護親の意思のみによって面会交流債務を実現できるか否かという間接強制の対象となる面会交流債務の該当性を判断したこともある(上記2、)。この判断基準は、子の発達段階により監護親のすべき面会交流を実施するための相当の履行努力を尽くしたか否かというものである(上記2、)。

第4項 本節の小括

学説と判例実務からみると、面会交流債務は監護親の意思のみで実現できるのかという間接強制の対象となる債務の該当性判断の要否について、主に二つの対立する立場がある。一つは、面会交流の債務名義のなされた時点から、その後の事情変更を問わず、面会交流債務は債務者の意思のみによって実現できるものであるとする立場である⁽¹¹²⁾。つまり、該当性の判断が不要とされるものである。もう一つは、面会交流債務は、債務者の意思のみによって実現できる債務であることが必要であるとする立場である⁽¹¹³⁾。これによると、該当性の判断が必要とされる。さらに、債務者の意思のみによって面会交流債務を実現する可能性の有無を判断する際に、子の年齢・発達段階により監護親のすべき面会交流を実施するための相当の履行努力を尽くしたか否かという右該当性判断を要する立場から生まれた判断基準が実務上適用されている⁽¹¹⁴⁾。

なお、間接強制の適用範囲の過度な拡張と制限を防ぐために、面会交流債務は監護親の意思のみで実現できるのかという間接強制の対象となる債務の該当性に対する判断が必要であると考えられる。

第2節 該当性判断に関する間接強制決定手続上の問題

通常、子が面会交流を拒絶していることや子の強固な拒絶意思により面会交流を実施するのは子の福祉に反することなどの事情変更が生じる場合には、面会交流債務は監護親の意思のみで実現できるのかということ自体が疑問とされなければならない。

つまり、面会交流債務は監護親の意思のみで実現できるのかという間接強制の対象となる債務の該当性に対する判断は、子の意思・子の福祉に関する事情の審理・判断に関わる可能性が高い。

ところが、そもそも、間接強制決定手続という執行手続において子の意思・子の福祉などの事情変更を審理判断することができるかということについての争いは存在する。

したがって、本節は、間接強制決定手続において子の意思・子の福祉などの事情変更を審理・判断できるか否かということを確認した上（第1項）、同手続における間接強制の対象となる債務の該当性に対する審理・判断の可能性の有無を検討することにする（第2項）。

第1項 間接強制決定手続における子の福祉に関する事情の審理・判断の可否

間接強制決定手続の中に、子の拒絶・子の意思に関する主張について、主張自体失当としてその審理・判断を全面的に否定すべきであると説く見解が多いである。たとえば、間接強制決定手続において子の拒絶を主張すること自体は認められないとする学説がある。⁽¹¹⁵⁾ その主張自体失当とされる根拠としては、子の拒絶などの審判時と異なる状況の発生は、間接強制決定を妨げる

理由とならないという最高裁の判示にあると考えられる。それ以外、執行手続において子の拒絶という主張を取り上げることは主張自体失当として認められないという立場から、執行手続としての間接強制決定手続において子の拒絶を主張することも主張自体失当と解する説もある。これらの見解に対し、面会交流にあたっての子の福祉の重要性を考慮すると、執行手続の中にも、子の拒絶意思・子の福祉に反するなどの主張を「正面から実体審理を行うことは控えざるを得」ず、「それを全く考慮しないわけにはいかない」と指摘される。⁽¹¹⁹⁾

また、間接強制決定段階で子の拒絶など事情の変更を再審査することを認容すると、既に作成された債務名義上の権利と義務の存否を繰り返し争うことになりがちであり、紛争が泥沼化し、迅速性が求められる執行手続の趣旨に適わないとする学説もある。この説は、執行手続の効率性の観点から、間接強制決定手続の中で事情の変更を考慮することを否定する。これに対して、面会交流の間接強制決定手続は、子の監護処分に関する手続として、たとえ迅速性を趣旨としても、可能な範囲でできるだけ子の福祉を考慮する必要があるとする見解がある。⁽¹²⁰⁾ この見解によると、子の福祉に反するおそれがある事情が生じる場合には、間接強制決定手続において子の福祉に関する事情を考慮することは必ずしも許されない。また、間接強制決定手続の中に、子の拒絶などの事情の変更を一括して処理することは、子の成長発達⁽¹²¹⁾の速度に鑑みて、まさに執行手続としての迅速性を示すとも考えられる。⁽¹²²⁾

そのほか、執行裁判所の判断できる事項は、債務名義そのものに限り、子の拒絶などの債務名義に表示された実体的権利の当否に関する争いを含めないとする見解がある。⁽¹²³⁾ この見解によると、間接強制決定段階において、債務名義のなされた後の事情の変更は債務名義以外のものとして考慮されるべきではないと解される。これに対し、少なくとも以下の場合には、子の意思・子の福祉など重大な事情の変更を間接強制決定段階において考慮できると指摘される。1、当事者の意向によって、事情の変更を間接強制発令段階で判

断することが可能である。⁽¹²⁵⁾ 2、間接強制に相当しないとされる子及び監護親の側における正当の理由または非監護親側における特段の事情は、間接強制決定段階の中に考慮できると考えられる。⁽¹²⁶⁾ この根拠としては、「間接強制を許さない旨の合意が存在するなどの特段の事情がない限り」、間接強制決定をすることができるという最高裁決定⁽¹²⁷⁾にある。この最高裁決定によると、右特段の事情は、間接強制決定段階において考慮されることができる。つまり、この最高裁決定を踏まえて、非監護親側における特段の事情は間接強制決定段階で考慮されることができるからには、子及び監護親の側における正当の事由を考慮する可能性は必ずしもないとはいえないと解される。⁽¹²⁸⁾ この点に関して、下級審の中にも、間接強制決定段階で監護親における面会交流の間接強制を拒む正当の理由および非監護親における間接強制に相当しないとされる特段の事情の有無を判断した裁判例がある。⁽¹²⁹⁾ 3、間接強制をすることは子の福祉に明らかに反する場合に限り、間接強制決定手続において子の福祉に関する事情を再度考慮する可能性を限定的に肯定するという学説がある。⁽¹³⁰⁾ なぜなら、間接強制を発令することは子の福祉に反すれば、その発令は許されるべきではないとされる。⁽¹³¹⁾ すなわち、間接強制の発令は、そもそも、「間接強制段階で再度子の福祉に合致するかどうかを審理することを前提にしている」⁽¹³²⁾と考えられる。また、判例実務上には、間接強制決定段階において子の福祉を反するか否かということを再度判断する裁判例も存在している。⁽¹³³⁾ この意味で、間接強制決定段階において、子の意思や子の福祉に関する主張の審理・判断を全面的に否定することが難いと考えられる。

他には、子の拒絶などの事情は債務名義作成段階で既に考慮済みである以上、間接強制決定段階の審理判断の対象にならないとの見解もある。⁽¹³⁴⁾ また、子が面会交流を拒絶してもその福祉に反しないということは、債務名義作成段階において確認済みであり、間接強制決定手続で改めて判断される必要がないとする見解もある。⁽¹³⁵⁾ これらの見解は、時系列の観点から、債務名義作成段階において子の拒絶などの事情の変更による子の福祉に対する影響を考慮

に入れたからには、執行手続で再確認する必要がないと説く。これに対し、子の拒絶という事情を物理的に無視することが困難であるため、子の人格尊重の観点から、執行手続としての間接強制決定段階においてもこれを完全に無視することはありえないとの指摘がある。⁽¹³⁶⁾ また、民法766条3項によると、面会交流債務に関する処分を変更できるため、それ自体は流動性を有すると考えられるとの立場も存在する。⁽¹³⁷⁾ 面会交流の流動性と可変性からして、間接強制が問題となる場合には、債務名義上の権利義務に対する判断は中間的なものに過ぎず、執行手続内でその判断を更新し直す余地があるため、これらの事情は間接強制決定を妨げる理由となりうるとされる。⁽¹³⁸⁾ 確かに、審判又は調停時と異なる状況が生じる場合、現時点では従前の審判又は調停で示された債務名義の内容に基づきその面会交流義務の履行を強制することが相当でなくなることもありうると考えられる。⁽¹³⁹⁾ さらに、このような事情の変更は「債務名義作成段階で考慮済みであるから、執行段階では絶対に審理対象にならない、との必然性」があるのかということについてもなお疑問が残る。⁽¹⁴⁰⁾

しかしながら、間接強制決定手続において、子の意思を十分に配慮できるかということは深刻な問題である。この点について、同手続きの中に、子の意思を把握することは困難だとの指摘もある。⁽¹⁴¹⁾ なぜなら、裁判所法61条の2第2項によると、家庭裁判所調査官の関与できる事件の範囲は、審判や調停並びに特定の裁判に限るとされている。すなわち、執行手続である間接強制決定手続では、家庭調査官を活用できず、子の意向調査など子の人格を配慮する手続上の保障は予定されていない。⁽¹⁴²⁾ また、仮に民事執行法5条に基づき子を利害関係人とし、間接強制決定をする際に審尋という方法で子の意向を調査しても、子が思ったことを素直に表現できる雰囲気を確保できるのかという問題があると指摘される。⁽¹⁴³⁾ なお、間接強制決定手続の中においても子の意向調査をする事例がないわけではない。⁽¹⁴⁴⁾ これを根拠にして、間接強制決定手続の中に子の意思を審理する可能性は全面的に否定できないとする立場も⁽¹⁴⁵⁾

ある。しかしながら、これだけで子の意思の配慮の不十分という問題は根本的に解決されていない。これに対しては、間接強制決定手続の中に、家庭裁判所調査官による子の意向調査という制度を導入するとの意見がある。⁽¹⁴⁸⁾これに関して、実務上では、間接強制に相当しないとされる正当の理由と特別の事情の有無を確認するために、家庭裁判所調査官より子の意向調査をした事例⁽¹⁴⁹⁾もある。しかし、執行手続の効率性確保の面から考えると、間接強制決定手続において家庭裁判所調査官による子の意向調査ということを原則として定めることは必ずしも適切とはいえないであろう。ところが、少なくとも、調停または審判後に生じた子の福祉に関する事情のみに対し、「子の意思陳述および家庭裁判所調査官による子の意向調査」⁽¹⁵⁰⁾をすることを限定的に肯定できると考えられる。

以上、間接強制決定手続において、子の意思・子の福祉など事情の変更を考慮することは、子の意思の配慮の面において適切ではない点があるものの、必ずしも不可能とはいえないであろう。

第2項 間接強制決定手続における面会交流債務の該当性に対する判断の可否

既に述べたように、間接強制決定手続において、子の意思・子の福祉を審理・判断する可能性がないとは言えない。それでは、債務名義が出された後、子が面会交流を拒絶している場合または子の強固な拒絶意思により面会交流を実施することは子の福祉に反するおそれがある場合には、面会交流債務は監護親の意思のみで実現できるのかという間接強制の対象となる面会交流債務の該当性の問題は、間接強制決定手続において考慮される可能性があるのかは問題である。

この点について、肯定説は、仮に間接強制決定手続という執行手続において子の福祉に反するか否かという実体的権利に関する争点を判断できなくても、面会交流債務の履行可能性の有無を審理・判断することは許されないと

まではいえないとする。⁽¹⁵¹⁾

なぜなら、債務名義上の債務は債務者の意思のみで履行できない債務になっている場合には、履行すべき義務の消滅が一義的に明白となり、これを債務不履行の不存在または間接強制申立ての権利濫用として主張することができる⁽¹⁵²⁾とされる。

つまり、面会交流債務の場合、監護親の意思のみによって面会交流を実現できないことがあれば、間接強制決定手続において面会交流債務の不履行の不存在または監護親の間接強制申立ての権利濫用と主張されることができるといえる。この意味では、面会交流債務は監護親の意思のみで実現できるのかという面会交流債務の該当性の問題は、間接強制決定手続において審理・判断される可能性がないとはいえない。

第3項 本節の小括

以上、本節では、子の意思・子の福祉に関する事情変更の主張も、面会交流債務は監護親の意思のみで実現できるのかという間接強制の対象となる面会交流債務の該当性の問題も、間接強制決定手続の審理・判断の対象となりうるということを確認できた。

なお、間接強制決定手続においてこの両者に対する判断は、必ずしも関連性がないとは限らない。むしろ、監護親の意思のみによって面会交流債務を履行できるか否かを判断する際に、子の意思や子の福祉に反する主張を間接的に審理・判断せざるをえない。⁽¹⁵³⁾このように、子の意思・子の福祉に関する事情を正面から判断することを避けるのは、執行手続の趣旨に適うという利点がある。また、このような間接的な審理・判断を経て、間接強制決定手続⁽¹⁵⁴⁾において子の意思を再確認できるというメリットもある。実務上にも、面会交流債務の履行可能性の有無を判明するために、子の拒絶意思・子の福祉に関する主張を間接的に審理・判断するというような右構成をとる裁判例も存在している。⁽¹⁵⁵⁾

第3節 本章の小括

日本の理論・実務上では、監護親の意思のみによって面会交流債務を履行できるか否かという間接強制の対象となる面会交流債務の該当性の問題を間接強制決定手続において審理・判断できるか否かについて、意見が対立している。⁽¹⁵⁶⁾しかし、間接強制の適用範囲の過度な拡張と制限を防ぐために、間接強制手続においてこの該当性判断をする必要がある。この該当性の判断基準として、子の成長発達⁽¹⁵⁷⁾の速度と子の心情などの要素を考慮して、子の年齢や発達段階により監護親のすべき面会交流を実施するための相当の履行努力を尽くしたか否か⁽¹⁵⁷⁾ということを導入することが適切であると考えられる。

また、執行手続の趣旨から考えれば、間接強制決定手続きにおいてその該当性判断をするのは、債務名義上の権利義務上の論争を審理・判断⁽¹⁵⁸⁾を避けることができ、執行手続の迅速性に反しないとされる。さらに、子の拒絶意思・子の福祉に関する主張を間接的に審理・判断する一方法として、執行手続としての間接強制決定手続において子の意思を確認する道が開かれるようになる。⁽¹⁵⁹⁾

第4章 中国における面会交流の強制執行の要件事実の存否の認定に関する提言

本章では、これまでの検討結果を踏まえて、面会交流させる義務の不履行の有無という中国の面会交流の強制執行の要件事実の存否に関する認定上の問題点に対する日本法上の示唆を抽出して、中国の面会交流の強制執行制度の運用の実情を加味して幾つかの提言を行いたい。

第1節 認定方法の確立の必要性

日本の理論・実務上では、強制執行の対象となる面会交流債務を監護親の意思のみによって実現できる債務に限定した上で、子の年齢や発達段階に応

じた監護親のすべき面会交流を実施するための相当の履行努力を尽くしたか否か⁽¹⁶⁰⁾ということを基準にして債務履行の可能性を判断するというような判断枠組みが推奨されうる。日本の右判断枠組みをとれば、中国における右要件事実の認定上の問題の解決に一石を投じることができるように思われる。

中国では、面会交流債務の不履行の形式的な外観さえあれば、これを面会交流債務の不履行と認定する傾向が強い⁽¹⁶¹⁾である。このように、債務の不履行という形式的な事実がある限り、面会交流債務の不履行という要件を満たすとして強制執行が行われることになってしまい、強制執行の範囲を不当に拡大するおそれがある。その結果、同居親に拘留や罰金などの不利益を被らせて、子の生活を著しく窮迫させ、子にとっても、同居親にとっても、安全安心な面会交流の実現が困難になる可能性もある。特に、面会交流の判決・裁定のなされた後、子が面会交流に対して強固な拒絶意思を示す場合または強制執行により面会交流を実現しても子の福祉に反するおそれがある場合には、強制執行を行うと、子の福祉にとって望ましくない事態になりかねない。

これに対して、日本の右判断仕組みを導入すれば、面会交流義務の履行を適切かつ履行可能な範囲内に限定することができる。上記の場合には、日本の右判断仕組みの趣旨に従って、面会交流の履行に客観的な障害のある場合には、面会交流義務の不履行の形式的な外観があっても、必ずしも債務の不履行になるとは限らない。このように、監護親に対する過酷執行を避けることができるばかりでなく、不当な強制執行により子の福祉に反する事態の発生をできる限り控えることもできるように思われる。

また、中国では、子の拒絶や他者からの面会交流妨害などの同居親以外の者の原因によって面会交流の履行障害が起こった場合には、一律に同居親の面会交流義務の不履行と認めずに済ますことがある⁽¹⁶²⁾。さらに、同居親が面会交流を実現するためにほんの僅か努力をするにすぎない場合ないし最低限の努力を払わない場合においても、面会交流義務の不履行にならないと認定される可能性⁽¹⁶³⁾がある。このように、同居親の面会交流義務の履行の懈怠を助長

するおそれがないとは言えない。また、このような場合には、強制執行の要件を満たさないとして、強制執行により面会交流の実施を確保することができなくなる。さらに、このような判決・裁定などの公的文書で定められた法的義務の不履行または履行の懈怠は、国民の司法に対する信頼を大きく失いかねない。

一方、日本の右判断仕組みによると、面会交流債務を実現するために、子の年齢や発達段階に応じた同居親のなすべき相当の履行努力は強く要請される。つまり、右判断仕組みの理念に沿って、上記のような他者の原因で起こられた面会交流義務の履行障害のある場合には、同居親はその障害を取り除くための十分な履行努力を払わなければ、面会交流義務の不履行と認定される可能性が出てくる。このように解するとき、強制執行の要件を満たすとして、強制執行により面会交流の実施を確保することもできる。また、同居親は、罰金・拘留などの面会交流させる義務の不履行の制裁を免れるために、無理矢理に面会交流を強く拒絶する子を別居親と面会交流させるかもしれない。日本の右判断仕組みのように、子の年齢や発達段階に応じて同居親のすべき履行努力を可能な範囲内に限定すれば、このような考えを持ちやすい同居親の子の心情を無視しながら無理な‘努力’をするなど子の福祉に反する事態を避けることもできる。

上記の比較によれば、中国では、右要件事実の認定結果からみると、強制執行のすべき範囲を過度に拡張するあるいは縮小する危険があると言わなければならない。これは、強制執行の不当な開始あるいは過大な制約になりかねない。一方、日本の右判断仕組みの理念を実践すれば、中国の右要件事実の存否を適切に認定することができて、強制執行の実行を合理的かつ必要な範囲内に制限することも可能になろう。もっとも、前述したように、中国においても、日本の右判断仕組みのように、子の年齢や発達段階ということを強制執行の発令の許否の一要素として考慮に入れることもある。

以上の考察の結果から、中国では、日本の右判断仕組みの理念を踏まえ

て、面会交流義務の不履行の有無という強制執行の要件事実の存否に関する認定方法を確立する必要性が感じられる。具体的に言えば、面会交流義務の不履行を判断する際に、まず、子の年齢や発達段階により同居親側のすべき履行努力を設定することにより、同居親側の意思によって面会交流義務を履行できるか否かということを判断する。そして、面会交流義務の履行の可能性がないときには、そもそも面会交流義務の不履行は認められないとされる。その反面、もし面会交流義務の履行の可能性があれば、子の年齢や発達段階に応じた面会交流を実現するための同居親側のすべき相当の履行努力を払うか否かを基準にして、面会交流義務の不履行の有無を判断する。

第2節 認定上の注意

日本では、面会交流を命じる調停又は審判がなされた後、面会交流義務は同居親の方にある。一方、前述したように、中国では、面会交流を命じる判決・裁定がなされた後、同居親の他には、関係する個人または機関も面会交流の協力義務を負うことになる（婚姻法48条）。関係する個人または機関は当該協力義務を履行しなければ、強制執行を発すべきである（婚姻法48条、婚姻法司法解释一32条）。

つまり、日本法と異なり、中国では、面会交流を命じた後、同居親以外の関係する個人または機関も、面会交流の実現に協力しなければならないとされる。婚姻法司法解释一32条からすると、面会交流を命じた後、同居親以外の関係する個人または機関の面会交流協力義務の不履行は、強制執行の要件である面会交流義務の不履行の一種であると考えられる。そのため、前節の最後のところで、筆者が提出した認定方法においては、「同居親側」という同居親以外の関係する個人または機関も含まれる言葉を使うことにする。

要するに、中国では、同居親の面会交流義務の不履行と同じように、同居親以外の関係する個人または機関の面会交流の非協力も、強制執行の要件事実とされる。そのため、筆者が提出した右認定方法の構造のもとで、同居親

以外の関係する個人または機関の面会交流の協力義務の不履行の有無をどのように認定するのかを究明しなければならない。

この問題を検討する前に、まず、一点明確しなければならないものがある。面会交流の実施にとって、当事者としての子ともと親は、主役として自発的に面会交流を行うことが最も望ましいであることは言うまでもない⁽¹⁶⁴⁾。その意味で、同居親以外の関係する個人または機関の協力は、副次的・補助的な位置づけとなる。同居親の面会交流義務を十分に履行できない場合に限り、同居親以外の関係する個人または機関の協力が要請されることになる。

そこで、右問題については、当事者主役の理念と本稿に提出した右認定方法に基づき、以下の順で考える。1、子の年齢や発達段階に応じた同居親のすべき努力を設定することによって、同居親の意思のみによって面会交流義務を履行できるか否かということを判断する。もし同居親の意思のみで面会交流義務を履行できれば、そもそも同居親以外の関係する個人または機関の協力は不要とされ、続いて本稿に提示した右認定方法のように同居親の履行努力の有無を判断する。2、同居親の意思のみで面会交流を履行することができない場合であれば、同居親以外の関係する個人または機関の協力が必要となる。その場合には、子の年齢や発達の段階に応じた同居親と同居親以外の関係する個人または機関のすべき努力を設定することによって、面会交流義務を履行できるか否かということを判断する。もし履行可能性がなければ、そもそも面会交流義務の不履行は認められない。もし可能であれば、まず、子の年齢や発達段階に応じた面会交流を実現するための同居親のすべき相当の履行努力を払うか否かを判断する。仮に、同居親は相当の履行努力を払わなければ、同居親以外の関係する個人または機関は、同居親を働きかけるために十分な努力をするか否かを基準にして、同人または同機関の面会交流の協力義務の不履行の有無を判断する。他方、同居親は相当の履行努力を払っても面会交流を実現できない場合には、同居親以外の関係する個人または機関は、阻害要因の除去のために十分な努力を傾けるか否かを基準にし

て、その面会交流の協力義務の不履行の有無を判断する。

おわりに

本稿は、面会交流義務の不履行の有無という中国の面会交流の強制執行の要件事実の存否に関する認定方法の確立の必要性を確認した上で、日本の間接強制の対象となる面会交流債務の該当性に関する法的判断枠組みについての理論・実務上の見解を参照しつつ、客観かつ妥当な認定方法と法的基準を構想することを目的にし、検討を加えてきた。これによって、面会交流の強制執行の可能性とその限界を明確にして、強制執行は子の福祉に適う合理的かつ必要な範囲内に行われることを期待している。

以上、本稿は、強制執行の許否を検討する際に、面会交流義務の履行可能性＝面会交流債務の該当性要件に着眼することで、考察を終えることにしたい。なお、注目に値するのは、日本では、面会交流の間接強制を発するため、右該当性要件以外に、給付意思＝給付文言があること（給付性要件）、債務者がすべき給付の特定性に欠けるところがないこと（特定性要件）、と⁽¹⁶⁵⁾いった二つの要件も必要とされるという点である。この二つの要件は、間接強制の要件として、父母は一義かつ明確な給付条項および詳細かつ周到な面会交流の具体的実施要領を策定することを強く要請しており、面会交流の熟議を促す機能を持っているといえよう。⁽¹⁶⁶⁾これに対して、中国では、面会交流させる義務の不履行という要件さえあれば、面会交流の強制執行を命じることができる。しかしながら、実務上では、面会交流の実施条項の内容上の不明瞭のため、強制執行の実行が困難となる事例は少なくない⁽¹⁶⁷⁾である。そのため、中国の実情を踏まえて、日本法のように、面会交流の実施条項の給付性と特定性に対して工夫を重ねることが今後の課題となろう。

さらに、既に確認されたように、中国と日本とも、子どもの利益を中心に⁽¹⁶⁸⁾して面会交流を行うということを面会交流の実施原則にしている点は共通である。子の利益の観点から、面会交流の実施にとって、具体的かつ柔軟な条

項に基づき、両親の協力のもとで面会交流が実施できることは最も望ましいと言える。その意味では、強制執行は履行確保の手段として存在する意義があるものの、当事者にとっても、子どもにとっても、決して最適な実現方法とは考えられない。そのため、中国と日本とも、イギリスの子ども交流センター、アメリカの父母教育プログラムのようなより柔軟で弾力的な面会交流の履行可能性を高める方法の導入を検討すべきであろう。⁽¹⁶⁸⁾

以上の二点については、今後の課題として研究を深めていかなければならないと感じている。

- （１）中華人民共和国婚姻法（以下、「婚姻法」）38条1款は、「離婚後、子を直接に扶養しない親は、子と面会交流をする権利がある。相手方は、面会交流の実施に協力する義務を負う」と規定している。右条文の訳は、以下の文献を参照した上でなされたものである。加藤美穂子『中国家族法〔婚姻・養子・相続〕問答解説』566頁（日本加除出版，第1版，2008）、橋本カツ子「資料 中華人民共和国婚姻法」ケース研究270号184頁（2002）、清河雅孝ほか「資料 中華人民共和国改正婚姻法」産大法学35巻3・4号586頁（2002）参照。右条文によると、親子間の面会交流は別居親の権利として定められており、「探望権」と呼ばれている。右条文に関して、「探望権は、離婚後、子を直接に扶養しない親は、子と面会、付き合いなどの形で時間を過ごす権利を指す」という解説がある。陳信勇『親属与繼承法』183頁（法律出版社，2016）。また、探望権の行使方法は、直接に子と会うこと、電話でのやり取り、文通などを含む。房紹坤編『婚姻家庭与繼承法』102頁（中国人民大学出版社，第5版，2018）。そこで、「探望」という文言は、日本語で「面会交流」と解される。以下、本論文では、「面会交流」のことを「探望」といい、「面会交流をする」ことを「探望権の行使」と呼ぶことがある。
- （２）婚姻法48条は「扶養費、養育費、手切れ金、財産の分割、遺産の相続、面会交流に関する判決または裁定の執行を拒むことに対し、人民法院（日本語で「裁判所」）は、法に基づき、強制執行をすべきである。関係する個人または機関は、その執行に協力すべきである」と規定している。右条文の訳は、以下の文献を参考にして加筆したものである。加藤美穂子『中国家族法〔婚姻・養子・相続〕問答解説』567頁（日本加除出版，第1版，2008）、橋本カツ子「資料 中華人民共和国婚

姻法」ケース研究270号185-186頁(2002)、清河雅孝ほか「資料 中華人民共和国改正婚姻法」産大法学35巻3・4号584頁(2002)参照。当該条文に述べられた「判決または裁定の執行」は、もっと厳密的に言えば、判決または裁定に定められた義務の履行と解される。最高人民法院關於適用《中華人民共和国婚姻法》若干問題的解釈(一)32条は、「婚姻法48条に述べられた『面会交流に関する判決または裁定の執行を拒むことに対し、人民法院は、法に基づき、強制執行をすべきである』ということは、『別居親の探望権の行使に協力しない関係する個人または機関に対して、拘留や罰金などの強制措置をとるべきである。ただし、子の人身および別居親の面会交流の行為に対して、強制執行をすることが認められない』を指す」と規定している。右条文の訳は、以下の資料に載っている当該条文に対する邦訳を参考にした。西村峯裕＝周哲「最高人民法院『中華人民共和国婚姻法』の適用に関する若干問題的の解釈(1):2001年12月24日最高人民法院裁判委員会第1202回会議採択、2001年12月27日施行」産大法学36巻3号400頁(2003)参照。また、表記上の便宜のため、以下、本稿は、最高人民法院關於適用《中華人民共和国婚姻法》若干問題的解釈(一)という司法解釈を「婚姻法司法解釈一」に表示する。この二つの条文によると、面会交流させる義務の不履行に対して、強制執行を命じるべきである。面会交流させる義務の不履行は、別居親の探望権の行使に協力しない＝面会交流の実施に協力しないことと表現される。

- (3) 梶村太市『子のための面接交渉』再々論『家族法学と家庭裁判所』249頁(日本加除出版, 2008)〔初出2007〕。
- (4) 釜元修＝沼田幸雄「面接交渉と強制執行」判タ1087号40-41頁(2002)、二宮周平「別居・離婚後の親子の交流と子の意思(1)交流を阻害する要因と司法の援助のあり方」戸時574号14頁(2004)参照。
- (5) 釜元修＝沼田幸雄「面接交渉と強制執行」右近健男ほか編『家事事件の現況と課題』186頁(判例タイムズ社, 2006)、榮春彦＝綿貫義昌「面接交渉の具体的形成と執行」野田愛子ほか編『新家族法実務大系(2)』342頁(新日本法規出版, 2008)などを参照。
- (6) 大阪高決平29・4・28判時2355号52頁、大阪高決平24・3・29判時2288号36頁、最決平15・8・6家月56巻2号160頁。
- (7) 山本和彦「間接強制の活用と限界」曹時66巻10号34頁(2014)、佐藤千恵「判批」中京学院大学研究紀要24巻41頁(2017)。
- (8) 大阪高決平29・4・28判時2355号52頁、大阪高決平24・3・29判時2288号36

- 頁、最決平15・8・6家月56巻2号160頁。
- (9) 馬文＝莫小春「淺談探望權の強制執行」広西社会科学2003年第11期92頁。
- (10) 王金利＝呉麗「探望權の判決、執行与未成年入利益の保護」青少年犯罪問題2004年第2期34頁。
- (11) 卜国欣「論我国探望權の強制執行」市場周刊（理論研究）2016年第4期94頁。
- (12) 李衛国＝陳芳「探望權強制執行難の表現及对策略論——以分析現實案例為中心」賀容主編『深化司法改革与行政審判實踐研究（下）——全国法院第28屆學術討論會獲獎論文集』937頁（人民法院出版社，2017）。
- (13) 最決平25・3・28判時2191号39頁、最決平25・3・28判時2191号48頁、最決平25・3・28判時2191号46頁。
- (14) 棚村政行「面会交流とこれからの調停：実効性のある調停解決を目指して」調停時報190号84-86頁（2015）。
- (15) 直接強制は、執行機関は国家權力を行使して、債權の内容を直接に實現させることを指す。譚秋桂『民事執行法学』13頁（北京大学出版社，第3版，2015）。
- (16) 間接強制は、執行機関は債務者に金錢を課すなどの不利益を被らせることにより心理的プレッシャーを感じさせ、債務の履行を促すものである。その方式は、債務者に対して遅延損害金を科すこと、債務者を拘留することなどを含む。譚・前掲注（15）13頁。
- (17) 代替執行は、第三者は債務者の代わりに債務行為を代行すると解される。なお、その費用を債務者の財産から取立てる。金卓穎「民事間接強制執行適用原則分析」法制与社会2016年第4期130頁。
- (18) 金・前掲注（17）130頁。
- (19) なお、学説上には、面会交流の強制執行の許否をめぐる対立している見解がある。否定説は、「面会交流の強制執行は、別居親は司法の力を借りて、同居親を脅かすものである。これは、当事者の離婚前の不仲の継続であり、子の心身の健康を害する」とする。一方、通説とされる肯定説によると、親子間の面会交流を維持することは子の健全な育成に有益なものであるという認識のもとで、面会交流義務の不履行の場合には、強制執行をすることによって、面会交流の実施を確保できる。これは、法によって、子の利益を守ることであり、子の福祉にかなうとされる。姜世波「論探望權の強制執行」山東理工大学学報（社会科学版）2003年第19巻第1期46-47頁。
- (20) 秦秀敏「淺談探望權及其強制執行問題」人民司法2001年第9期43頁。

- (21) 劉艷「探望權的執行及其立法建議」河南省政法管理干部学院学報2004年第4期148頁。
- (22) 李前竜＝左甜「試論我国探望權強制執行制度之完善」哈爾濱職業技術学院学報2017年第3期120頁。
- (23) 熊傑「探望權執行若干問題探析」人民司法(案例)2017年第5期103頁。
- (24) 沈薇「法院探望權案件執行的思考与建議」法制博覽2015年第27期260頁、張乾「探望權強制執行措施的完善」綿陽師範学院学報2001年第12期21頁、李＝左・前掲注(22)121頁。これに対して、否定説は、ひとり親家族の困難な生活状況に鑑みて、同居親に対して遅延損害金のような金銭上の損害賠償を命じることは、子の生活状況に悪い影響を及ぼし、子の福祉を害するおそれがあるとする。康鄧承「探望權執行中可对被执行人处以迟延履行金」人民司法2015年第24期94-95頁。
- (25) 張麗平「探望權強制執行困境及其对策」法制与社会2011年26期274頁。
- (26) 民事訴訟法111条1款6項 訴訟参与人またはその他の者に次の行為のいずれかがある場合には、人民法院は、情状の軽重に応じて過料または拘留に処することができる。犯罪を構成する場合には、法に基づき刑事責任を追及する。(六)既に法的効力が生じた人民法院の判決または裁定の執行を拒絶する行為。本条文の訳は、以下の資料を参考にして加筆したものである。北浜法律事務所中国プロジェクト・チーム「中国民事訴訟法《条文・日中比較・要点解説》(4)」国際商事法務43巻9号1349頁(2015)参照。
- (27) 刑法313条 人民法院による判決又は裁定に対して、履行能力があるにもかかわらずこれを拒否した者は、情状が重いときは、3年以下の有期徒刑、拘役又は罰金に処する。情状が特に重いときは、3年以上7年以下の有期徒刑に処し、罰金を併科する。本条文の訳は、以下の文献を参照した上でなされたものである。甲斐克則＝劉健利編訳『中華人民共和国刑法』161頁(成文堂、2011)参照。
- (28) 陳紅「芻議探望權案件的執行」重慶工学院学報2005年第10期88頁。
- (29) 沈・前掲注(24)260頁。
- (30) 張長山ほか「增強司法執行温情 促進兒童健康成長——天津北辰法院關於探視權強制執行案件的調研報告」人民法院報2018年6月7日第008版2頁。
- (31) 李劍勇「对子女探視權案件執行的幾点法律思考」中国審判2009年第5期69頁。
- (32) 李＝左・前掲注(22)121頁。
- (33) 張・前掲注(24)21頁、謝文秀＝何詠荃「從司法實踐的角度解析探望權的執行問題」法制与社会2016年第8期273頁。

- (34) 民事訴訟法253条 被執行人は、判決、裁定とその他の法律文書の指定する期間内に金員給付の義務を履行しない場合には、履行遅延期間の債務の利息を倍に支払わなければならない。被執行人は、判決、裁定とその他の法律文書の指定する期間内にその他の義務を履行しない場合には、遅延損害金を支払わなければならない。本条文の訳は、下記の文献を参考にして加筆したものである。射手矢好雄編集代表『中国経済六法2018年版』871頁（日本国際貿易促進協会，2018）参照。
- (35) 民訴解釈507条 被執行人は、判決、裁定とその他の法律文書で指定された期間に従い、非金銭的支払義務を履行しない場合には、執行申立人に損害をもたらしたか否かを問わず、遅延損害金を支払わなければならない。既に損害になった場合には、執行申立人が被った損失の2倍の賠償をしなければならない。損害になっていない場合には、遅延損害金は人民法院が具体的な事案の状況に応じて決めることができる。本条文の訳は、下記の文献を参照した上でなされたものである。射手矢好雄編集代表『中国経済六法2018年版』931頁（日本国際貿易促進協会，2018）参照。
- (36) 張・前掲注（24）21頁。
- (37) 梶村太市『子のための面接交渉』再論『家族法学と家庭裁判所』221頁（日本加除出版，2008）〔初出1996〕。
- (38) 梶村太市「面接交渉を定める調停・審判に基づく間接強制の可否」民商131巻 **3**号478頁（2004）。
- (39) 梶村・前掲注（**3**）249頁参照。これに対して、面会交流の重要性からすれば、監護親の自由意思に反するだけで面会交流の強制執行を一律に否定すべきではないと指摘される。河野泰義「判批」白鷗大学法科大学院紀要 **8**号71頁（2014）。
- (40) 上向輝宜「判批」北大法学論集64巻 **6**号208頁（2014）。
- (41) 二宮周平編『新注釈民法17 親族（**1**）』365頁〔棚村政行〕（有斐閣，2017）、水野紀子「判批」民商113巻 **2**号284頁（1995）参照。
- (42) 山木戸勇一郎「判批」法学研究87巻 **4**号49頁（2014）、上向・前掲注（40）207頁。
- (43) 犬伏由子「判批」私法判例リマークス47号70頁（2013）、中野貞一郎『民事執行法』804頁（有斐閣，増補新訂六版，2010）、沼邊愛一『家事事件の実務と理論』134頁（日本評論社，1990）、釜元＝沼田・前掲注（**4**）40頁などを参照。
- (44) 二宮周平「判批」判タ1150号106頁（2004）、池田愛「判批」同志社法学66巻 **2**号491頁（2014）。
- (45) 河野・前掲注（39）71頁。

- (46) 遠藤富士子「面接交渉の時期・方法・履行確保」判タ1100号190頁(2002)。
- (47) 上向・前掲注(40) 209頁注(13)。
- (48) 法制審議会民事執行法部会第7回会議「部会資料7 子の引渡しの強制執行に関する規律の明確化に関する検討(2)」2頁(平成29年4月28日)(<http://www.moj.go.jp/content/001224531.pdf>)(最終閲覧:2019年11月27日)。
- (49) 面会交流に関する給付の内容が特定されると、代替性を有する債務になる。この場合には、代替執行により実現することが可能になり、直接強制さえもできると解される。釜元=沼田・前掲注(4) 47-48頁。
- (50) 梶村・前掲注(3) 250-251頁。
- (51) 伊藤茂夫「判批」判タ1184号122頁(2005)。
- (52) 棚村政行「離婚と父母による面接交渉(家族法実務研究11)」判タ952号63頁(1997)。
- (53) 二宮・前掲注(44) 103頁参照。
- (54) 梶村太市「親子の面会交流原則的実施論の課題と展望」判時2177号11頁(2013)。
- (55) 棚村・前掲注(52) 63頁、二宮・前掲注(4) 14頁、榮=綿貫・前掲注(5) 341頁、北野俊光「面接交渉権」村重慶一編『裁判実務大系 25 人事争訟法』202頁(青林書院, 1995)。
- (56) 例として、平成14年の神戸家裁龍野支部の判決は、監護親の反対を押し切って、強制執行により面会交流を実現することは、子の福祉に反する可能性が高いため、許されないとする。つまり、右判決は、直接強制はもちろん、間接強制によって面会交流を実現することも許されないとする。神戸家裁龍野支判13.12.7家月56巻2号144頁参照。なお、この判決は、抗告審に取り消された。抗告審は、「面接交渉義務を負う者が、正当の理由がないのに義務を履行しない場合には、面接交渉権を行使できる者は、特別の事情のない限り、間接強制により、権利の実現を図ることができるというべきである」とする。つまり、抗告審は、間接強制によって面会交流を実施することは原則的に認められるとする。大阪高決平14・1・15家月56巻2号142頁。
- (57) 最決平25・3・28判時2191号39頁、最決平25・3・28判時2191号48頁、最決平25・3・28判時2191号46頁。
- (58) 馬=莫・前掲注(9) 92頁。
- (59) 張国剛=範凱文「論探望権及其執行」新学術2008年第2期 61頁参照。
- (60) 広州市荔湾区人民法院(2016)粵0103執異53号執行裁定书。

- (61) 成都市中級人民法院（2019）川01執復228号執行裁定書。
- (62) 張＝範・前掲注（59）64頁。
- (63) 馬＝莫・前掲注（9）93頁。
- (64) 張・前掲注（24）20頁。
- (65) 王＝呉・前掲注（10）34頁。
- (66) 丁曉雨「未成年子女探視權執行的柔性司法」法律適用2017年第19期91頁。
- (67) 丁・前掲注（66）91頁。
- (68) 李超＝李進「離婚案件中探望權執行問題研究」河北大学成人教育学院学報2010年第4期125頁。
- (69) 李＝陳・前掲注（12）935頁。
- (70) 高源辰「対探視權の執行問題の思考」法制博覽2015年第12期99頁、威雅萍＝湯繼榮「探望權執行若干問題探析及对策建議」青少年犯罪問題2006年第1期49頁参照。
- (71) 威＝湯・前掲注（70）48頁。
- (72) 威＝湯・前掲注（70）49頁。
- (73) 倪春南＝閔振華「探望權執行的困惑及对策」法治論叢2003年第1期54頁。
- (74) 倪＝閔・前掲注（73）61頁。
- (75) 張＝範・前掲注（59）64頁。
- (76) 倪＝閔・前掲注（73）54頁。
- (77) 鄧富国「論探視權の執行」法治研究2009年第8期58頁。
- (78) 威＝湯・前掲注（70）49頁。
- (79) 馬＝莫・前掲注（9）92頁。
- (80) 李＝陳・前掲注（12）936頁。
- (81) 李＝陳・前掲注（12）936頁。
- (82) 李正坤「小議探視權の執行」昆明冶金高等专科学校学報2002年第4期90頁。
- (83) 李・前掲注（82）90頁。
- (84) 威＝湯・前掲注（70）49頁。
- (85) 李・前掲注（31）69頁。
- (86) 柴田義明「判解」曹時67卷11号3521頁（2015）。
- (87) 遠藤浩ほか編集『民法（4）債權総論』44頁（有斐閣，第4版増補補訂版，2002）。
- (88) 大阪高決平24・3・29判時2288号38頁。
- (89) 佐藤・前掲注（7）39頁。

- (90) 榮＝綿貫・前掲注(5) 347頁。
- (91) 榮＝綿貫・前掲注(5) 342頁。
- (92) 釜元＝沼田・前掲注(4) 40頁参照。
- (93) 釜元＝沼田・前掲注(4) 42頁、榮＝綿貫・前掲注(5) 342頁、池田・前掲注(44) 498頁。
- (94) 我妻栄『新訂債権総論』93頁(岩波書店, 1964)。
- (95) 山本・前掲注(7) 25頁。
- (96) 山本・前掲注(7) 34頁、佐藤・前掲注(7) 44頁。
- (97) 佐藤・前掲注(7) 44頁参照。
- (98) 佐藤・前掲注(7) 45頁。
- (99) 柴田・前掲注(86) 3514頁。
- (100) 香川保一監修『注釈民事執行法(7)』290頁〔富越和厚〕(きんざい, 1989)。
- (101) 中野・前掲注(43) 820頁。
- (102) 最決平25・3・28判時2191号39頁。
- (103) 東京高決平20・7・4家月61巻7号53頁。
- (104) 甲府家決平23・10・19家月64巻8号67頁、東京高決平20・7・4家月61巻7号53頁。
- (105) 大阪高決平29・4・28判時2355号52頁、大阪高決平24・3・29判時2288号36頁、最決平15・8・6家月56巻2号160頁。
- (106) 東京高決平24・1・12家月64巻8号60頁。
- (107) 大阪高決平29・4・28判時2355号52頁。
- (108) 大阪高決平24・3・29判時2288号36頁。
- (109) 大阪家決平28・2・1判タ1430号250頁。
- (110) 大阪高決平19・6・7判タ1276号338頁。
- (111) 旭川家決平1・9・25家月41巻12号129頁。
- (112) 本章第1節第1項に列挙した学説を参照。
- (113) 山本・前掲注(7) 34頁。
- (114) 山本・前掲注(7) 34頁、佐藤・前掲注(7) 44頁。
- (115) 野村秀敏「判批」民商149巻2号178頁(2013)、山木戸・前掲注(42) 49頁。
- (116) 最決平25・3・28判時2191号39頁。
- (117) 釜元＝沼田・前掲注(5) 185-189頁。
- (118) 花元彩「面会交流の間接強制—子の意思または福祉の取扱いをめぐる—」桃

- 山法学27号78頁（2017）参照。
- (119) 花元・前掲注（118）88頁。
- (120) 野村秀敏「判批」民商147巻 **4・5**号479-480頁（2013）。
- (121) 佐藤・前掲注（**7**）45-46頁。
- (122) 河野・前掲注（39）83頁。
- (123) 佐藤・前掲注（**7**）45頁。
- (124) 高部眞規子「判批」法の支配172号107頁（2014）。
- (125) 池田・前掲注（44）508頁。なお、この手段は、實際上採用できるとはいっても、子の手続利益の観点からすれば、必ずしも適切とは限らないと指摘される。佐藤・前掲注（**7**）44頁。
- (126) 池田・前掲注（44）508-509頁。
- (127) 最決平25・**3**・28判時2191号48頁。
- (128) 池田・前掲注（44）508-509頁。
- (129) 神戸家決平14・**8**・12家月56巻 **2**号156-157頁。
- (130) 大濱しのぶ「判批」私法判例リマークス49号129頁（2014）。これについて、このような子の福祉の再判断は、「結局、広汎な事情を間接強制手続上で審理対象とせざるをえ」ず、子の手続利益を十分に保障できないとの指摘がある。佐藤・前掲注（**7**）44頁。
- (131) 大濱しのぶ「判批」法学教室402号34頁（2013）。
- (132) 河野・前掲注（39）74頁。
- (133) 大阪高決平24・**3**・29判時2288号38頁、大阪家決平28・**2**・**1**判タ1430号252頁、東京高決平24・**1**・12家月64巻 **8**号63-66頁、神戸家決平14・**8**・12家月56巻 **2**号154頁。
- (134) 榮＝綿貫・前掲注（**5**）343頁、中野・前掲注（43）820頁。
- (135) 釜元＝沼田・前掲注（**5**）186頁。
- (136) 佐藤・前掲注（**7**）39頁。
- (137) 河野・前掲注（39）72頁。
- (138) 梶村太市「面会交流原則的実施論批判に対する上原反論への再批判」常葉法学 **3**巻 **1**号33頁（2016）、小池泰「判批」ジュリ1466号94頁（2014）、花元・前掲注（118）89-90頁などを参照。
- (139) 野村・前掲注（120）481-482頁。この説を根拠にして、債務名義を作成した裁判所は、執行裁判所になり、子の拒絶などの債務名義のなされた後に生じた事情の

- 変更を間接強制決定手続の中に審理・判断することができると解説する見解がある。山木戸・前掲注(42) 65頁注30。
- (140) 上向・前掲注(40) 211頁。
- (141) 河野・前掲注(39) 79頁。
- (142) 伊藤・前掲注(51) 123頁。
- (143) 花元・前掲注(118) 78頁。
- (144) 釜元＝沼田・前掲注(4) 42頁。
- (145) 釜元＝沼田・前掲注(4) 42頁。
- (146) 神戸家決平14・8・12家月56巻2号147頁、大阪高決平19・6・7判タ1276号338頁、甲府家決平23・10・19家月64巻8号67頁。
- (147) 池田・前掲注(44) 508頁。
- (148) 二宮「判批」法時88巻12号153頁。
- (149) 神戸家決平14・8・12家月56巻2号147頁。
- (150) 佐藤・前掲注(7) 46頁。
- (151) 柴田・前掲注(86) 3534頁注42。
- (152) 梶村太市『裁判例からみた面会交流調停・審判の実務』306頁(日本加除出版, 2013)。
- (153) 花元・前掲注(118) 88頁。
- (154) 花元・前掲注(118) 88頁。
- (155) 大阪高決平24・3・29判時2288号38頁、東京高決平24・1・12家月64巻8号60頁。
- (156) 本章第1節第1項、第2項、第3項を参照。
- (157) 山本・前掲注(7) 34頁、佐藤・前掲注(7) 44頁。
- (158) 花元・前掲注(118) 87-88頁。
- (159) 花元・前掲注(118) 88頁。
- (160) 山本・前掲注(7) 34頁、佐藤・前掲注(7) 44頁。
- (161) 本稿第2章第1節を参照。
- (162) 本稿第2章第1節を参照。
- (163) 本稿第2章第1節、第2節を参照。
- (164) 棚村政行「離婚と子ども一円滑な調停運営のための留意点―」調停時報200号63頁(2018)。
- (165) 柴田・前掲注(86) 3523頁、石川明ほか編『注解民事執行法(上)』166頁〔三

- 輪和雄＝加藤正男〕（青林書院，1991）、磯尾俊明「面会交流事件と間接強制について―最近の裁判例の紹介を中心として」ケース研究308号144頁（2011）、鈴木忠一＝三ヶ月章編『注解民事執行法（1）』257頁〔石川明〕（第一法規出版，1984）。
- （166）二宮・前掲注（148）153頁。
- （167）沈・前掲注（24）260頁、鄧・前掲注（77）57-58頁、丁・前掲注（66）89頁。
- （168）棚村政行編『面会交流と養育費の実務と展望：子どもの幸せのために』241-245頁〔南方暁〕（日本加除出版，第2版，2017）、棚村政行「面会交流への社会的支援のあり方」家族〈社会と法〉26号94-95頁（2010）などを参照。